

末弘労働法論ノート

——「形成期」末弘労働法学の一断面——

石 田 眞

一 はじめに

本稿は、末弘⁽¹⁾太郎博士の労働法学の形成過程を検討することによって、戦前・戦中・戦後と複雑な軌跡を辿った末弘労働法学の出発点がどのようなものであったのかを確かめることを課題としている。

はじめに、みぎのような課題設定にこめられている私の関心について、簡単に述べておきたい。私は、前稿「末弘法学論——戦前・戦中における末弘太郎の軌跡⁽²⁾」において、戦前・戦中における末弘法学の足跡について、大まかなスケッチを試みた。そこで明らかになったことは、戦前から戦中にかけての末弘法学のドラステックな変化であった。末弘の著作に関しては、戦前・大正期と戦後期のものにしか接することのなかった私にとって、戦中期における彼の「転換」は驚くべきことであった。何故、末弘法学は戦時体制の中で「転換」を余儀なくされたのか。前稿

における私の関心はこの点に集中した。細かな点は拙稿を読んでいただくほかないが、そこで到達した私の結論は、末弘の「転換」は、いわゆる「転向」ではなく、末弘法学の中に一貫して流れていた現実主義・目的合理主義の帰結であるということであった。⁽³⁾ただ、こうした私の結論は、大まかなスケッチから得られたものであって、その意味であくまでも仮説的なものであった。かかる仮説的結論を具体的な法領域における末弘法学の展開にそくして実証してみるのは、前稿において残された課題であった。本稿が、末弘の労働法学にそくして、その形成の足跡を追おうとするのは、みぎに述べたような課題を果すためのささやかな第一歩を踏み出してみたいと考えたからにほかならない。対象を労働法学としたのは、それが末弘法学の重要な構成部分であると同時に、戦前・戦中・戦後をつうじてその変化が最も鮮明にあらわれる法領域であるからである。

では、本稿の課題に対してどのような視角からアプローチするのか。この点についても簡単に述べておきたい。

第一は、末弘労働法学を歴史的にとらえるという視角である。かかる視角が、末弘労働法学の検討にとってとりわけ必要とされるのは、すでに示唆したように、彼の立論の軌跡が一直線ではなかったからである。「形成期」（戦前期・大正中期から昭和初期）、「転換期」（戦中期）、「再転換期」（戦後期）と時期区分⁽⁴⁾できるような末弘法学の展開は、時代を超えて、彼の「理論を抽象的に片言隻句として要約すること」⁽⁵⁾を許さないものである。ここでの歴史的視角とは、それぞれの時期の末弘労働法学を一つのまとまりとして考え、その特質を明らかにすることを意味している。ただ、本稿は、その中でも、「形成期」の一断面を扱うにすぎない。

第二は、末弘労働法学をそれぞれの時期の時代背景——とりわけ末弘が直面した歴史的現実——との関係でとらえ

るといふ視角である。この視角は、第一の視角に中にすでに含まれているといつてもよいが、本稿においてとりわけ強調したいのは、かかる視角が、末弘法学の変らぬ基礎であつた現実主義・目的合理主義と労働法学の展開との関連をみるうえで重要だからである。

第三は、末弘労働法学を末弘法学全体の中で位置づけるという視角である。かかる視角が必要とされるのは、末弘の労働法学が、末弘法学の方法を前提として形成されると同時に、その重要な構成部分として末弘法学の一翼をになつていたからである。末弘労働法学の理解にとって末弘法学の全体的な特質⁽⁶⁾の検討は不可欠の前提である。

(1) 末弘巖太郎博士は、一八八八(明二)年一月三〇日山口県に生まれ、一九五一(昭二六)年九月一日に没している。

末弘博士の人と学問については、潮見俊隆「末弘巖太郎」潮見・利谷編『日本の法学者』(一九七五年・日本評論社)三三五頁以下がまとまっている。以下、本文中では、末弘と略す。

(2) 『法律時報』第六〇巻一一号(一九八八)五六頁以下。

(3) 同右・六四頁。なお、末弘の戦時体制下での変化を「転向」ととらえる見解は、渡辺治「時代の概観と革新的法律学の課題・総論」『法律時報』第六〇巻一一号、五一―二頁。

(4) それぞれの時期の内容をやや詳しく説明すると、以下のようになる。第一の「形成期」は、留学から帰国(一九二〇)し、労働法の研究を開始、それが『労働法研究』(一九二六・改造社)へと結実すると同時に、「温情主義と労働立法」(『法律時報』第二巻五・六号、一九三〇)などで具体的に展開される時期であり、第二の「転換期」は、一九三五(昭一〇)年前後の戦時法体制への移行の中で、第一の時期に形成された立論を転換させ(例えば、「安定原理の労働政策と労働法」『法律時報』第一〇巻一〇号、一九三八)、最終的には、ファシズム的労働法論(例えば、「勤労根本法」『法律時報』第一五巻二号、一九四三)に行きつく時期であり、第三の「再転換期」は、敗戦の後、再び第一の時期に形成された理論を基礎として戦後労働立法の立案と労働法理論の形成に寄与する時期である。

（5） 野村研究室「末弘博士の労働法理論―戦後労働法理論のスタート・ライン」『法律時報』第二八卷九号（一九五六）七〇頁。

（6） 「形成期」末弘法学の全体的特質については、磯村哲『社会法学の展開と構造』（一九七五年・日本評論社）六二頁以下がとりわけ重要である。

二 労働法学への出発

わが国における労働法の講義は、末弘が、一九二二（大一一〇）年^{（1）}に、東京帝国大学で開講した「労働法制」にはじまる。講義の名称が「労働法」でなく、「労働法制」とされたことについては、末弘自身が、自著『労働法のはなし』（一九四七年・一洋社）の中で、「教授会から労働法と名づけられる体系的法律はない、従って労働法ではなく労働法制と云う名で講義をせよと云われた」^{（2）}からであると述べている。こうした講義の名称にもかかわらず、開講したての「労働法制」の人気は相当なものであったようで、後に、末弘自身、当時の模様を次のように語っている。

「私が大学で初めて労働法の講義をした時の人気は大したものとして、大きな八角講堂で、言葉通り立錫の余地もないくらいで、立っている人も多く、終始通じて千を越える聴衆が来る有様でした。寛先生のような大先生までが講義を聞かれたくらいで、私の労働法の講義は非常に人気があった。やはりこれは、あの当時社会の大きな動揺から生じた一般の不安のために何かを求めたいという気分がかなり広く一般にあったことの証拠だ^{（3）}と思います。」

こうして、わが国最初の労働法の講義が開始された。末弘は、後に検討の対象とする理論の面だけでなく、教育の

面でも、わが国労働法学の開祖であったのである。しかし、一九二二（明四五）年に東京帝国大学独法科を卒業し、川名兼四郎の下で民法研究者の道を歩みはじめた末弘は、最初から労働法に関心を持っていたわけではなかった。では、何故末弘は、労働法に興味を持つようになったのであろうか。その決定的な契機となったのは、一九一八（大七）年から一九二〇（大九）年までの二年半におよぶ欧米留学であった。

一、留学

末弘は、一九一八（大七）年二月十九日、横浜出帆の春洋丸で、最初の留学地アメリカに向けて出発した。彼は、船中で、留学直前まで書いていた「ドイツ法学流の緻密な民法教科書」⁽⁴⁾、『債権各論』の最後の原稿を執筆してハワイから日本に送っている。このように、ドイツ法学流の民法学に没頭していた末弘が、最初の留学地をアメリカとしたのは、第一次大戦の勃発によってドイツに行くことが困難になったという偶然的事情によるが、この偶然が、末弘と労働法学を結びつけ、さらに、彼の法学に「コペルニクス的な転回」⁽⁵⁾をもたらすことになったのである。

では、末弘は留学中、何故、どのようにして、労働法に関心を持つようになったのであろうか。彼自身次のように語っている。

「私がどういう経路で労働法に関心をもつようになったか、その事情からお話しましょう。少し自分の恥をお話するようなことにもなりますが、私は初めから社会問題とか労働問題とかいう面から労働法に興味をもち初めたのではなくして、極めて偶然に労働法を発見し、そこから逆に労働法の背景となっている社会経済事情や労働問題に関心をもつようになったのです。私がアメリカで憲法をケースメソッドで勉強したことは前にも申しましたが、私が

労働法の存在及び重要性に気づいたのは憲法のケースブックの中にある労働立法に関する違憲判決に興味をひかれたことに始まるのでして、それからだんだんに労働法や労働問題に関する本を読むようになったのです。後にフランスに行つてリヨン大学に少しいたのですが、ここが又偶然にもピック教授の晩年時代で労働法の研究が盛んだつたので、労働法の本を大分集めたり読んだりしました。ところがリヨンに少しいる間にパリでは講和会議が始まつて、とうとうその方の仕事を手伝わされることになりました。そして講和条約の中に第十三編として労働条項が入るようになった関係上、貧弱ながら私の労働問題並に労働法に関する知識がお役に立った一方、私自らとしてこの時初めて労働問題の国内並に国際的な政治的面に接触する機会を与えられて、かなり広い視野から労働法を考えることができた訳です。それに当時私は既にアメリカ法学の影響を受けて法社会学的な考え方が強くなっていましたから、各国の労働立法をそれぞれの国の具体的な政治・経済・社会事情に即して考えてみなければならぬと考えて、不完全ながら随分その方面の努力をしました。ですから私の労働法学は初めから、その後日本に流行したワイマール系統の労働法学と余り関係がないのです。⁽⁶⁾」

この末弘の発言には、彼の労働法学の性格を考えるうえで重要なポイントがいくつか含まれている。第一は、末弘が労働法に興味を持つようになったのは、アメリカでの憲法判例の勉強をつうじてであつたということである。このことは、末弘自身も述べているように、彼の労働法学が、第一次大戦後わが国で支配的となつたワイマール系統の労働法学とは全く異つた地平から出発したということの意味していた。また第二は、末弘がベルサイユ講和条約第十三編の「労働条項」の編纂を手伝うことによって、労働法を国際的な関係の中で考えることができたと言っていること

である。このことは、末弘の労働法学が、その後、国際的な視野をもつものとして形成されていくことと関係している^⑦。そして第三は、末弘自身、労働問題から労働法に興味を持ちはじめたのではないにもかかわらず、アメリカの法社会学的考え方の影響を受けることによって、当初から、労働法をその背景となる具体的な政治・経済・社会との関連で考えねばならないとしていたことである。このことも、末弘労働法学が法社会学的観点をもつものとして形成されたことと関係していた。

このように、留学は、末弘と労働法を結びつけたのであるが、同時に、彼の法学全体の方向転換をうながしたという点でも重要な事柄であった。ここでそのことを強調するのは、末弘の労働法学が、方向転換後の末弘の「新しい法学」を基礎として形成され、かつその不可欠の一環となったからである。

では、「コペルニクスの転回」と言われる末弘法学の方向転換とは何か。これも、末弘自身の言葉を借りると次のようなものであった。

「アメリカへ行つて、……シカゴ大学に行つてみると、法学部長のホール先生が会ってくれました。そうして、一体お前は何を勉強する積りかとたずねられたから、仕方なしに実は私は全然英米法を知らないのですが、ドイツ流の民法学は相当勉強した積りです。従つて今更英米法を勉強するといっても、大したことはできないと思います。が、ともかくこうしてお世話になる以上、できる限りアメリカ法学の真髄に触れてみたいと申した。すると、アメリカに來た以上は憲法をやれ、自分が憲法の講義を丁度やっている。もう一つは、君が丁度不法行為をやったのなら、僕が今度トート（不法行為）の講義をやることになっているから、その両方を聴いたらよからうというので

す。そしてケースブックを二冊買われ、聴講の前に一つ一つのケースの要旨を抜き書してみるというのです。それまでドイツ流の民法学に没頭していた私、殊に英語のまづい私が、急にアメリカの憲法と不法行為をケースメソッドで勉強しようというのですから、その苦労はなみ大抵のことではありませんでした。しかしこうなると勉強するより外ないので、一生懸命やりましたが、私の一生の中で一番勉強したのは恐らくこの時だと思えます。それで、トートの講義で先ず最初にブツかったのが因果関係論でしたが、今まで日本でドイツ流の因果関係論を勉強していた私にとっては、実に興味の深い体験でした。それまで、私は牧野先生の講義や石坂先生の本を通して相当因果関係ということをやというほど教えられていたのですが、どうもよく分らない。ところが、ケースメソッド的に因果関係の勉強をしてみると、初めて何が問題であるのかが分ったのです。それまで、因果関係というと、原因から結果への関係、それを相当因果関係という訳で、然るべきところで切りをつける、それがわれわれにとっての問題であるように考えさせられていたのです。

ところが、ケースメソッドによって教えられてみると、事は全く逆で、凡そ一定の結果に対する責任を被告に帰することが合理的であるかどうかの問題である、つまり因果関係というよりは寧ろ帰責関係というべき問題だということが分ったのです。そうしてアメリカのケースメソッドでは、要するにケース一つ一つの検討を通してこの帰責関係の理合を学生に分らせようとしているのだということが分ったのです。このことが分った瞬間に私は今までのドイツ流の解釈法学に対して根本的の疑問をもつようになりました。ああしたいかめしい形で、いくら抽象的な理窟をこねてみても事の真相はつかめない。それよりは今までと全く反対に個々の具体的なケースについて具体的

に物事を考えることを通して普遍的な原理を求めるのでなければ、駄目だということに気づきまして、大げさにいうと、この時から以後ドイツの解釈法学とお別れする決心をした訳です。⁽⁸⁾」

抽象的原理から演繹的論理で具体的な結論を導き出すという、ドイツ流の概念法学的法解釈論が留学前の末弘の法解釈方法論であったとすれば、具体的なケースから出発して、帰納的論理で抽象的原理に到達するという、アメリカ流の方法論は、それとは一八〇度異なるものであった。末弘は、みぎのような経験の中で、「ドイツの解釈法学とお別れする決心」をするのであり、それが末弘法学の「コペルニクス的な転回」であった。だから、アメリカについてヨーロッパ入りした末弘にとって、もはやかつてのドイツ法学は彼の興味をひくものではなかった。ヨーロッパでの末弘は、フランスで自由法学・労働法学に関する著作を読むかたわら、労働組合運動と労働立法をつぶさに観察し、スイスでは、後の末弘法学の形成に決定的影響を与えるエールリッヒに会うことになる。こうして、末弘は、二年半の留学中に、帰国後日本の法学界に新風を吹き込むことになる「新しい法学」の豊かな萌芽を育んだのである。

二、帰国―「新しい法学」と労働法学への出発―

帰国した末弘は、『物権法（上巻）』（一九二一年・有斐閣）、「嘘の効用」（『改造』四巻七号・一九二二年）、「改造問題と明治時代の省察」（『改造』五巻一号・一九二三年）など、矢継ぎ早に問題提起的な著作および論文を発表し、それ等によって、自らの「新しい法学」の骨格を形成することになる。ここでは、本稿に必要な限りで、その特質をみておくことにしよう。

末弘の「新しい法学」の第一の特質は、明治的「国家法万能」主義を批判して、国家制定法を徹底的に相対化する

ところにある。それは、具体的には、明治法体制の画一主義と現実の垂離の指摘⁽⁹⁾、「嘘」が「効用」となる事態の指摘⁽¹⁰⁾、概念法学的論理主義の否定と裁判官による法創造の承認⁽¹¹⁾、立法による社会統制の限界の指摘⁽¹²⁾、などさまざまな表現形態をとりながら、法と国家の一義的な結びつきの打破へと帰結して行くことになる。

第二の特質は、法をこのように国家から解放するのみならず、法を社会の中にも発見しようとするところにある。こうした構想の前提にはまず、「国家」とは明確に区別され、それに対抗するものとしての「社会」の発見が先行する⁽¹³⁾。そして、そのうえで、「法」の概念を、「あるべき法律」から「実生活の中に内在する」「ある法律」にまで拡大する⁽¹⁴⁾という作業（「法」の概念の拡大）を媒介にして、法の存在根拠を社会の中にも求めることになる。

第三の特質は、「自由主義の弊害」の克服としての社会立法の提起である。それは、末弘が、「明治維新とともにきわめて力づくわが国に侵入し」た「自由主義」が、今や、強者にとっての「自由」と弱者にとっての「強制」という「弊害」を生み出しているとみたからである⁽¹⁵⁾。具体的には、明治国家体制の下で無権利状態におかれていた労働者・農民の権利の拡大をはかるための立法的提言としてあらわれることになる⁽¹⁶⁾。

さて、すでに述べたように、帰国した翌年（一九二二年）から末弘は「労働法制」の講義を始めることになるが、労働法にかかわる論文の最初は、一九二〇（大九）年に執筆され、一九二二（大一一〇）年の『時事新報』新年号に発表された「民法改造の根本問題」⁽¹⁷⁾であった。この論文において末弘は、「社会の急激な変化」に対する民法改造問題の一環として、「民法の『労働』に対して執るべき態度如何」を論じ、(1)雇用の規定を「労働者が活きものなること」⁽¹⁸⁾を前提として再構成すること、(2)「今後の民法では少なくとも財産と同一程度に労働を保護する法でなければならぬ」⁽¹⁹⁾

ことを主張した。

この論文は、労働法を独自の法領域として措定し、それについて論じたものではなかったが、これを土台として、とくに後者の主張は、同じく一九二一（大一一〇）年末から『法学協会雑誌』に連載が開始された「賃金の保護」⁽²⁰⁾の中で、労働法理論―具体的には就業規則論―として発展させられることになる。また、労働法理論の系譜としては、一九二六（大一一五）年の労働協約論を論じた「労働協約と法律」（『改造』七卷二号）があるが、同じ時期に、末弘が自からの労働法学を形成するにあたって、勢力的に取り組んだのが労働立法論であった。眼前の労働組合法問題という実践的な課題に應えるために執筆された一九二五（大一一四）年の「労働組合法論」（『改造』七卷二号）以降の一連の労働組合法案批判は、わが国最初の労働立法論の試みでもあった。

このように、出発したての末弘の労働法学は、体系化されていないものの、労働法理論、労働法解釈論、労働立法論という広い範囲をカバーするものとして形成されたのである。しかも、そうした労働法学は、すでに述べた特質をもつ「新しい法学」の方法を基礎として、その重要な一環としても形成されるのである。紙数に制約のある本稿で、「形成期」末弘労働法学をその全構成分野にわたって検討することは不可能であるので、以下、労働立法論―とくに労働組合立法論―にしばって、末弘労働法学形成の一断面を照し出したいと思う。

（1）末弘の労働法制講座の開講年月日については、末弘自身『労働法のはなし』（一九四七年・一洋社）の中では「日本では始めて大正九年に、私が東京帝大で労働法の講義をした」（二頁）としている一方、『日本の法学』（一九五〇年、日本評論社）では「十年だね」（一〇三頁）と異なった年をあげている。この点を確定する資料は現在のところないようであるが、種々の

状況から「大正一〇年一〇月のこと」とする向山教授の推定が正しいように思われる（向山寛夫「末弘厳太郎教授述・『労働法』の「解説」、『国学院法学』第二〇巻三号九八頁）。

(2) 同右・『労働法のはなし』二頁。

(3) 前掲・『日本の法学』一〇三頁。

(4) 潮見・前掲論文、三三七頁。

(5) 川島武宜「末弘厳太郎先生の法学理論」同『科学としての法律学』（一九六四年・弘文堂）二四八頁。

(6) 前掲・『日本の法学』一〇一頁。

(7) 例えば、孫田秀春の『労働法通義』の書評において末弘は、「随所に外国法令を引用して比較法的解説を与えることを忘れたかった著者が、現代の世界経済と極めて密接な有機的関係を以て発展しつつある国際労働法の問題を全く度外視していることは私の到底賛同し得ざる所である。」と批判していた。末弘厳太郎「孫田秀春氏著『労働法通義』を読む」『法律時報』第二巻二号（一九三〇）三六頁。

(8) 前掲・『日本の法学』四九頁—五一頁。

(9) 「改造問題と明治時代の省察」『嘘の効用』（一九二二年・改造社版）八四頁。

(10) 「嘘の効用」同右・三頁以下。

(11) 同右および「法律解釈における理論と政策」『民法雑考』（一九三二年・日本評論社）二頁以下。

(12) 「嘘の効用」『嘘の効用』（前掲版）二二頁。

(13) たとえば、「無産者の立場より見たる陪審制度」同右・四一八頁。

(14) 『物権法（上巻）』（一九二一年・有斐閣）「自序」四頁。

(15) 「改造問題と明治時代の省察」『嘘の効用』（前掲版）八八頁、九五頁。

(16) 『農村法律問題』（一九二四年・改造社）、『労働法研究』（一九二六年・改造社）。

(17) 「嘘の効用」（前掲版）所収、一九三頁以下。

(18) 同右・二〇九頁。

(19) 同右・二一二頁。

(20) 『法学協会雑誌』第三九巻八号（一九二二）一頁以下。

三 労働立法論の形成—労働組合法問題を中心にして

一、労働組合法問題と末弘

末弘は、一九二五（大正一四）年二月の『改造』誌上に「労働組合法論」と題する論文を発表するが、これが、末弘の労働組合法の立法論に関する最初の試みであった。ちょうど一九二二（大正一一）年一月に設置された内務省社会局が、労働組合法案の調査立案にあたり、成案を得ようとしている時期であった。この成案こそ、戦前の労働組合法案史上もっとも進歩的な法案として有名な「社会局案」であるが、もとよりこれが、最初の労働組合法案ではなかった。^①では、何故、末弘は、社会局案の段階で労働組合立法論の論陳を張りはじめたのであろうか。この問いに対する回答は、前記論文の冒頭で末弘自身により、次のようなかたちでなされている。「嘗て大正九年此同じ題目が朝野論議の対象となったときに比すれば、直接の利害関係者たる労資両方面の人々も、乃至は又一般の輿論も、今や此問題に關して遙に能く柄の実質を辨へ問題の価値を理解するに至って居る。恐らくは、具体的に立法を論議し得べき時機今正に到来せりと云ふことが出来るのであらう。」^②（『研究』三頁—四頁）と。この短い文章の意味するところは、これに続く文章をあわせ読む時、それなりに明確になるのであるが、労働組合法問題と末弘の歴史的な接点を明らかにするためには、背景となる問題そのものの歴史を若干振り返って見る必要がある。

1 一九二〇（大正）年の農商務省案と内務省案

わが国において労働組合法の制定が、現実の立法政策の問題として意識されたのは、第一次大戦後の一九二〇年頃

からである。その背景には、「実に当時は吾国の社会が真に近代的意义に於ける労働問題の為に悩まされた第一回の機会である」（『研究』五頁）と末弘が言うように、わが国の労働組合運動の飛躍的な発展と労働争議件数の急激な増大があった。そして、こうした中で、政府は、ヴェルサイユ条約（一九一九年六月調印）及びそれにもとづいて設置されることになった国際労働機関の総会（国際労働会議）への労働側代表の選出問題を直接的な契機として、それまでの「労働組合ハ……自然ノ発達ニ委セル」という方針を改め、一九二〇年二月、臨時産業調査会を設置し、労働組合法案の起草・答申を求めるといふ方向に進んだ。⁽⁴⁾

この調査会が設置されると、農商務省は、調査会開設直前に発表した職業組合法案を労働組合法案と改称して調査会に提出し、他方、内務省は、「農商務省が、この問題について指導権を握るのを索制しよう」と、急拠、「未定稿」の労働組合法案を調査会に提出した。⁽⁴⁾これ等、「農商務省案」といわれ、「内務省案」といわれた「二〇年代の労働組合法案の基調を形成する二系列の法案」⁽⁵⁾の間には、その立案の精神および内容に顕著な差異がみられた。

まず、農商務省案は、生まれ出でたわが国の労働運動への国際的影響を未然に防止するという予防的観点と、それと結びついた産業保護の観点から構想されており、したがって、取締主義的性格を強く帯びたものであった。すなわち、農商務省案は、(1)同法による労働組合以外、一切の団結を禁止し（第一条、第二四条、違反に対しては「三百円以下ノ罰金」）、しかも(2)第一条の目的規定の要件を具備するだけでは労働組合と認めず、さらに①組合の設立に際しては行政官庁の認可を必要とし（第四条、認可主義）、②認可を受けた組合はすべて法人格の取得が強制され（第三条、法人強制主義）、③組合の構成と行動に様々な制約が課せられた。たとえば、労働組合の組織を「同種又ハ密接ノ関係アル職

業」としたり(第二條)、道府県区域内に限定した(第四條)。他方、同法案には、労働組合の保護に関する規定は何もなく、「夫は『労働組合取締法案』の赤裸な姿であつた。⁽⁶⁾」

これに対して内務省案は、労働組合を「自然ニ発シ来ツタ労働者結合⁽⁷⁾」にとらえ、その現実態のまま容認すると同時に、これに法的保護を与えることによって、その穩健化を構想するものであつた。したがって、内務省案は、労働組合を特定の銚型におし込んで監督・指導しようとする農商務省案とはすべく対立するものであつた。まず、内務省案は、(1)農商務省案の認可主義に対して届出主義をとり(第二條)、労働組合の範圍や組織形態についても何んらの制限を加へなかつた。また、(2)法人格の取得についても組合の任意とし(第四條、法人任意主義)、さらに、(3)差別解雇と黄犬契約を罰則付で禁止していた(第九條、第一七條)。もちろん、内務省案にも、民法第四十四条第一項を準用することにより争議行為に關し労働組合に損害賠償責任があることを認め(第六條)、行政官庁による監督規定も存在していたが(第一二條、第一三條)、全体としては、農商務省案とは対照的であつた。

臨時産業調査会は、その後、農商務省案を骨子として同案の逐條審議に入つたが、結局、成案を得るまでに致らなかつた。その間の事情については、今だ不明のところが多いようであるが、(1)調査会において最後まで農商務省と内務省の対立が止揚されなかつたこと、⁽⁸⁾(2)資本の側も労働の側も労働組合法案をめぐる現実に対してリアルな認識が欠如していたことに、⁽⁹⁾その原因を求めることができるようである。末弘自身も、その辺の経過をよく認識していて、次のように書してゐた。「成程労働問題が天下の視聽をあつめたと云う点より云へば、大正八九年は遙かに今日よりも優れて居た。各政党は競つて労働組立法案なるものを作成した。政府部内に於ても、或は農商務省案と云い或

は内務省案と唱えて、色々の法律原案が作成された。そうして世間も亦そのそれぞれに付いて色々の議論を戦はした。しかし、当時の議論には縦令一般に表面上の熱は十分に之を備へて居たとしても何となく腹の奥底にこたへる確さが欠けて居た。花花しかった。しかし、何となく上すべりがして居た。議論は多く空理的であり直訳的であった。現実的な色彩が何となく一般に欠けて居た。それは果して何故であるうか？」（『研究』四頁）。それは、「当時初めて此問題に直面した資本家は勿論、政府当局者も未だ到底この問題についての正しい理解を持つことが出来なかった。……労働者の側に於ても、彼等は当時彼等が吾国の経済社会に於て占めていた實際的地位を正當に理解して居なかった。彼等の具体的勢力と其現になしつつある労働運動の實際的価値とを正しく理解して居なかった。……当時労働運動者の主張と行動とが動ともすれば現実を離れ勝ちであり空論に走り勝ちであった事實は、何人も之を否認するところが出来ない。」（『研究』五頁―六頁）からであると。

2 社会局案への胎動と末弘

再び労働組合法案が問題にされるようになるのは、一九二四（大二三）年以降であるが、その間に注目すべきことは、一九二三年末から二四年にかけてのわが国労働組合運動の変化であった。それは、労働組合法の法制化に絶対反対の態度をとっていた日本労働総同盟が、指導者大杉栄が虐殺されて後の一九二四（大二三）年二月の大会で、いわゆる現実主義への転換を計ったからである。こうした労働運動の主流の方向転換は、政府の労働政策の転換（国際労働会議の労働代表選出権を組合員一〇〇〇名以上の労働組合に与えるなど、労働組合の事実上の認知）に対応するものであった。⁽¹⁰⁾ また、すでに一九二二（大一一）年一月には、内務省の外局として社会局が設けられ、懸案であった労働

行政の一本化が実現し、そこで労働組合法案の検討が再び開始されていた。

末弘は、みぎ述べたような情勢の展開を敏感に感じとりながら、労働組合法の立法論に本格的に取り組むことになる。その現実認識の出発点は次のようなものであった。「今日では最早すべてが皆其当然に位すべき所に帰り来つたように思われる。政府当局者も資本家も吾国労働運動の実勢と功過とについて正しき具體的の理解をもち初めたように思われる。労働運動者も亦現実の体験と思弁によつて戻るべき所まで戻つて来たように思われる。又労働組合は其本質上及び実力上吾国現代の社会に於て必然と占め得べき地位に落着き初めたように思われる。漸くすべてが具體的となった。其足は確實に大地に触れ大地の上に立ち初めたように思われる。」（『研究』七頁）。とくに、労働組合法を「議し得べき時期は熟したり」と末弘が考えた現実的根拠は、労働組合運動の変化であつた。それについて末弘は、労働組合運動の中に「今日最早既に否定すべからざる主潮の存在を見出すことが出来」、彼等は「今や労働組合の本質と職能とを自覺しつつ、吾国現在の実情の下に於て彼等は其仲間の地位の向上を計るが為め何を為し得べきか又何を為さざるべからざるかを具體的に考へ又其考を実現すべく着実にその歩を進めつつある。」（『研究』七頁）と述べていたが、それが、みぎに述べた日本労働総同盟の方針転換を念頭においたものであつたことは確實である。末弘は、この「主潮」が議會をつうじての立法闘争に目醒めたことに注目していたのである。こうして、末弘は、「昨秋此方内務省社会局を中心として組合法制定の議が進みつつあり、そして近く原案の作成なつて議會に提出せらるるであらうと云う噂を心から喜び迎へ」（『研究』九頁）つつ、労働組合法の立法論に取り組むことになる。

二、末弘労働立法論の形成

1 「立法学」の提唱

末弘が労働組合立法の問題に取り組みにあたってまずおこなったことは、法律学の立場からの立法問題へのアプローチの方法を明らかにするという作業であった。末弘は、これを「立法学の見地」（『研究』一〇頁）と呼んだが、「立法学⁽¹⁾」という名称を選択することのうちに、従来の法律学者の立法への取り組み方に対する一定の批判が含意されていた。

末弘によれば、それまでの「立法の問題」は、「単なる章句法条の問題」とされ、『立法技師』の仕事たるにすぎなかった。しかも、かかる「立法技師」を支配していたのは、「誤られたる概念法学」のドグマや「国家万能の思想」であって、「彼等は自らの持ち合はせて居る『法律的技術』の貧弱不足なるを悟らずして、反つて之に適合せざる社会の現実を否定し、事実を曲げて反つて法律の中に押込まむとするの傾向をもつ」（『研究』一二頁）と末弘はみるのである。これでは「正しき立法」は実現されない。「立法の問題」を『概念法学』と之に膠着せる『立法技師』から解放し、「立法と社会との関係に関する社会学的思索」（『研究』二二頁）に裏づけられた理論によって基礎づけること、これが、末弘の「立法学」の提唱であった。したがって、かかる「立法学」の提唱は、「新しい法学」としての「形成期」末弘法学の理論を立法問題に具体化したものでもあった。

このように、末弘の「立法学」は、法律学についての一定の理論に基いており、そのことが、「立法の問題」への法律学的アプローチを「立法学」たらしめているのである。末弘は、「立法学」の内容を、立法者はいかなる知識を持たなければならないかというかたちで定式化する。

末弘によれば、立法者の第一の任務は、「立法それ自身の本質及び職能並に其極限」(『研究』一一頁) に関して正しい理解をもたなければならないということである。では、立法の本質・職能・極限とは何か。それは、国家が立法によって社会に働きかける際の「法律」と「社会」の關係によって決まるというのが末弘の見解である。ここでは、以下の二点に注意をしておきたい。第一は、国家が立法によって社会に働きかけることによって「立法が……必然に形成」することができるのは、「官庁基他政治的及至行政的諸機關を創設」したり、そうした諸機關が「運用すべき規則を制定する」というような「国家的の機關乃至機能夫れ自身のみに限られて居る」ということである(『研究』一三頁)。エールリッヒの「国家法論」を思わせる末弘の立法の本質・限界論は、国家法の——したがって立法の——徹底した相対化から出発するのであり、その意味で、「立法学」は「新しい法学」の第一の特質で述べた方向の立法論への適用でもある。第二は、他方、制定された「法律」と「社会」との關係は間接的であり、したがって、立法の機能は、「社会」との關係で限定されているということである。末弘は次のように言う。「一定の法律が制定された場合、世の中の人々は——何と云うことなしに植付けられて居る——「遵法心」によって之を遵奉するかもしれない。そうして其結果法の所期する目的は社会的に実現されるかもしれない。又世の中の或る者は、内心必ずしも遵法心を抱懷せず又偶々規定せられたる当該の法律に対して寧ろ反対の意見を抱いて居ろうとも、単に規定せられたる刑罰の嚴酷を恐れて外形上法律の命ずる所に従うかもしれない。何れにせよ、かくして法律の所期する目的は社会的に実現せられ得る。けれども、それは法律の制定せられたることによって直接必然に生ずる結果ではない。立法は唯間接の原因である。事はすべて社会自らが——或は自らの遵法心により或は刑罰に対する恐怖に基いて——自ら之を決し自ら之

を行ったのである。法律に於てかくあるべしと規定することは、其必然の結果として、単にかくあるべしと云う規範が国家的に成立すると云う事実を形成し得るに過ぎない。そのかくあるべきことが事実社会的にも亦実現するや否やは全然別箇の問題である。」（『研究』一四頁—一五頁）と。

このように、末弘の「立法学」は、国家法万能主義を排し、「国家」と「社会」の区別と対抗を前提としたうえで、立法の本質と限界そして機能を見定めるところから出発するのであるが、そうであるとする、立法者の第二の任務は、「立法によって働きかける対象としての社会、各種の社会生活関係について」（『研究』一一頁）正確な知識を得なければならぬということになる。それは、立法の「社会的実現」は、その「基礎たるべき社会関係と当該法令との相関関係夫れ自身によって社会的に定まる」からである（『研究』一六頁）。こうして、末弘の「立法学」にとっては、「立法と社会との関係に関する社会学的思索」が不可欠になるのである。末弘が「立法学の見地」ということを「法律社会学的見地」と同義に使っていたのも（『研究』二二頁）、以上のような「立法学」に関する末弘の理論的含意があるからである。

さて、末弘のいう立法者の第三の任務は、国家が立法によって社会に働きかけるにあたって「用ふべき個々の法律的手段の本質および効用について明確なる知識をもち」、それによって「個々の具体的立法に関して一々其選択適用」を誤まらないようにしなければならないということである（『研究』一一頁）。それは、立法に際して用いるべき個々の法律的手段を適切に選択することは、「立法の目的を達するに付いて極めて重要である」からである。ただ、どのような法律的手段が適切であるかは、立法の限界および立法が対象とする社会関係によって規定されるのであるから、

末弘にあっては、「新しき生活關係の爲めには、之を規律し之に適用すべき新なる法律的手段を案出し得べき自由、自在な法律精神」（傍点・石田）が必要であるということになる（『研究』一三頁）。

こうして末弘は、従来の「誤られたる概念法学」のドグマに毒された「立法技師」による立法から、末弘のいう「立法学」の理論に裏づけられた立法を提唱するのである。そして、この提唱は、労働組合立法をめぐる以下のよう

2 労働組合立法論の形成

(1) 労働組合の社会的意義

以上のような「立法学」の理論をもって労働組合立法問題に立ち向う際の第一の課題は、立法によって働きかけられる対象としての社会生活關係を明らかにすることである（「立法者の第二の任務」）。末弘が「純然たる法律論に入る前に、……労働組合は何故如何にして吾々の社会に生まれ出たか？ 又労働組合は如何なる目的を有し如何なる職能を有し又如何なる本質をもつて居るものであるか？」（『研究』二二頁—二三頁）の諸点——労働組合の社会的意義——を検討したのもそのためであった。末弘がこうした問題にどのように答えたのかを、末弘の論述にそくしてまとめておこう。

第一に、労働組合發生の社会的必然性について、次のように答える。すなわち、「資本主義經濟組織と其法律とがその基本的ドグマとして置いて居る『契約の自由』が、一度労働契約に適用されると、その社会的妥当性と倫理的基礎の「極限」、すなわち、「当事者双方が平等なること」を超えてしまうとする（『研究』三一—九頁）。それは、「『労働

働』なる商品は其本質上売り止めをなし売り控えを為すに適せざるものである」と、「労働者は生活の資に乏しく「彼の生命は今日労働を売り明日亦之を売るによってのみ僅に支えられて居る」関係があるから、労働者は「餓えざらむが為め……契約条項の如何を問う暇さえもなく其労働を売るべく余儀なくされる」からである（『研究』三二—四頁）。

では、労働契約において「契約自由の原則」が真に妥当するものとなって行くには何が必要か。末弘はまず、「社会立法乃至労働立法の運動」がそのような努力の現われであるとする（『研究』四〇頁）。しかし、こうした「労働保護立法」によって労資の関係を公正なものとするためには、両者の間に立つ「政府」が真に中立でなければならぬが、現実の「政府」は資本家の手中にある。もちろん、普通選挙運動等により、労働者が政権に入り込むことも可能性としては考えられるが、現実には「極めて困難」（『研究』四三頁）であるとする。ここには、末弘の当時のブルジョア・デモクラシーに対する深い懐疑をみることができるが、同時にそのことが、「契約の自由」と労働組合との関係についての末弘の考え方に影を落しているのである。次の一節は、そのことを端的に示している。

「今日の資本主義経済組織は畢竟契約自由の原則を必須の条件としてのみ成り立ち得る。労働契約も亦もとより其原則の適用を受けねばならぬ。労働者其他彼等の利益を念う人々は従来屢々国力をかりて労働契約を契約自由の支配から救い出そうと試みた。けれども、それは到底完全に成功する見込みがない。その完全に成功すべき時期は将来資本主義経済組織の倒壊する時でなければならぬ。此故に、今日此組織制度の下に於て真に労働者の救はるべき途は国家に依頼することではない。国力により法律によって契約の自由を制限して貰うことではない。契約の自由はその

ままでよろしい。それはそれより外に仕方がないのである。しかし、それを継続せしめつつも尚労働者は自力によって自らを救うことが出来る。如何にして出来るか？ 労働者の団結、労働組合の組織、之によって資本家に対立することが其唯一の方法である。」「〔研究〕四三頁―四四頁）つまり、労働組合による交渉能力の対等化によって契約の自由の社会的妥当性を回復するというところに労働組合の社会的必然性の根拠を求める末弘の考え方には、同じく「契約の自由」の延長線上に団結の法認を構想するアメリカ法的な考え方の影響ばかりでなく、ブルジョア・デモクラシーに対する懷疑と、それを埋めるものとしての労働組合という社会的な力への期待とが同時に込められていたことに注意する必要がある。

第二、労働組合の目的や機能については、次のように答える。すなわち、末弘は、労働組合の目的や機能は、「単に対資本家の関係における団体交渉的行動に限られて居ない」〔研究〕五一頁）ということを前提とする。それ以外でも、共済活動や政治活動、そして「社会的変革にあこがるる意志と感情とを表白する目的を以て各種の団体的行動を行う事例」も、「労働者の解放其地位の向上を目的とする行動たるの点に於てすべて之を労働組合当然の活動なりと認めねばならぬ」〔研究〕五一頁）とするのである。もとより、「労働組合の本領」は、資本家との団体交渉と、その結果としての労働協約の獲得にあるとみるが、末弘は、社会的な必然性をもって発生した労働組合をありのままの姿でもってとらえようとしていた。

(2) 労働組合の法律上の地位

労働組合立法論の第二の課題は、以上のような社会的意義をもつ労働組合に対して、国家が立法をつうじて働きか

ける際にどのような法律的手段が考えられるのか、あるいは必要とされるのか、という問題である。これは、先の立法者の第三の任務にかかわる問題であるが、末弘は、これに関して、すでに「立法学」の提唱のところで、「国家が立法によって社会既存のあるもの（ここでは労働組合―注・石田）を助成するに際して使用する各種の国家的助成手段の問題」として、議論のための前提的枠組を提示していた。すなわち、国家の助成手段としては、(1)社会的に生み出されてきたもの（ここでは労働組合）の成長を阻害している障害を除去すること、(2)それ（労働組合）に対して積極的援助を与えることの二つがあること、そして、前者(1)には、さらに、(a)法律的な障害（弾圧法令など）の除去の問題と、(b)事実的な障害（資本家の組合妨害行為・責任追及など）の除去の問題があり、後者(2)に関しては、従来許されなかった各種の国家的手段の利用を許すことが重要であることが指摘されていた（『研究』一七一―二〇頁）。労働組合の法律上の地位の問題は、以上の枠組にそって議論されることになる。

①労働組合に対する法律上の障害の除去——労働組合に対する刑罰法令をめぐって

戦前、わが国において労働組合法案が議論されていた時代は、「労働組合法発達の一般的過程より云えば、……尚『刑罰』の時代」（『研究』六七頁）であった。したがって、当時の労働組合の活動および発展を妨げている法律上の障害は、労働組合に対して適用される刑罰法令であった。末弘はこれ等を詳細に検討し、立法改革の方向を提示する。

まず第一は、治安警察法である。その第一七条は、直接には団結、団体交渉および同盟罷業等をそのものとして禁止するものではなく、それらを目的とする暴行・脅迫・公然誹毀および同盟罷業の「誘惑・煽動」を処罰の対象としていた。しかし、末弘が言うように、「何人かの主唱なく又勧誘なくして同盟罷業の成立するが如きは到底不可能事

である」から、「誘惑煽動を罰せむとするが如きは畢竟同盟罷業そのものを罰せむとするもの」であった（『研究』七八頁）。したがって、この治警法第一七条には批判が強く、第一次大戦後の労働政策の動搖の中で、政府は、同条の適用を制限・緩和する方向を打ち出した。ただ、この制限・緩和の方針は、明確な方向性を持っており、それは、同条を「横断組合」には適用するが、「縦断組合」には適用しないというものであった。時の内務大臣床次竹二郎は、工場横断的組合（「横断組合」）の関与しない工場内・事業所内の労働者のみによる団結（「縦断組合」）の同盟罷業には治警法第一七条を適用しない、という見解を表明していた。⁽¹²⁾だが、こうした政府の方針に対しても、末弘が批判的であったということに注意する必要がある。末弘は、横断組合のオルグによって組織されている団結を「仮に発達したる労働組合を称して現勢的組合と名付け得べくむば、……潜勢的 Potential の組合と呼び得べきもの」であると規定したうえで、かかる「潜勢的組合」を、治警法第一七条との関係で、次のように擁護した。「発達した組合の役員幹部に相当すべき役目をつとめる潜勢的組合は、縦令それが労働者のみから成り立って居らずとも、必要ある毎に逐次各種労働者のために集团的行動の世話をするものとして、換言すれば不特定多数の労働者を——Potential——組合員として常時其役員たる働きを為すものとして、すべて同様に之を適法視せねばならぬ。之を濫りに『第三者』として取扱ひ其行動を目して局外者故なく他人の紛議に干與するものと為すが如きは真に労働組合の社会的意義を理解したものと云うことが出来ない。」（『研究』八〇—一頁）と。このように末弘は、生まれ出でた日本の労働組合の組織活動の複雑なあり様をそれとして認め、それらを全体として容認すべきであるとしていたのである。そこには、特定の政策的意図や運動論があったとは思われないが、結果として末弘の考え方は、政府の労働政策とするべく対立するも

のであった。⁽¹⁴⁾

当時の労働組合に適用された刑罰法令の第二は、各府県の警察規則である。当時の各府県警察規則の多くは、主に小作爭議鎮庄のために作られていた。⁽¹⁵⁾それは、小作運動に対しては治警法第一七条のような規定が存在しなかったからである。末弘が心配したのは、小作爭議に關してこのような状況があるので、たとえ治警法第一七条が撤廃されても、各府県が新たに直接労働爭議の鎮庄を目的とする警察規則を制定するならば、治警法修正の意味がなくなってしまうということであった。だから末弘は、「治安警察法第十七条廃止の法律を制定するに際しては同時に以後勅令其他府県令を以てするも同主旨の警察法規を制定すべからざることを宣明することが絶対に必要であると考え」ていた（『研究』八七頁）。

以上の治安警察法や各府県の警察規則のように、特別に労働組合活動を規制対象とするものの他第三に、一般刑法が存在した。騷擾罪、暴行罪、脅迫罪、業務妨害罪および公務執行妨害罪等は、現に組合運動の弾圧に利用されたり、その可能性があったりした。それは、末弘によれば、「裁判の基礎をなすものは結局に於て裁判官の主観」であり、彼等が「（その）主観に於て処罰すべきものと信ぜらるる事項に付いてはあらゆる法規の中に処罰の根拠を求め」るからである。ここには、「概念法学」的裁判官論から解放された末弘の独特の裁判官論を垣間見ることができるが、そうであるからこそ末弘は、次のような提言をなすことができた。「現行刑法中には特に労働者の団結夫れ自身を処罰すべき何等の規定も存在しない。けれども、警察官檢察官乃至司法官の労働組合運動に対する理解の程度如何によつては、一般刑法も亦不当に組合運動を抑圧する手段として使用される慮がある。此故に私は、一方に於ては此等の

官憲諸公が組合運動に対する正当なる理解を得るが為め今後充分の修養を積まれむこと希望すると同時に、他方に於て将来法律によって労働組合のことを規定せむとするに際しては特に今後労働者の団結は単に団結の故を以て直に之を不法視すべからざる所以の原則を宣明し、以て之を司直諸官に対する訓令となすの必要あることを信じて已まないのである」(『研究』九四頁)。

②労働組合に対する事実的な障害の除去——労働組合に対する資本家の圧迫をめぐって

末弘が、先に述べた前提的枠組にしたがって、次に問題にしたのは、「事実的な障害」であった。末弘は、資本家による事実的な障害として、(1)団体交渉の拒否、(2)組合員の雇入拒否、(3)争議行為に対する損害賠償をあげ、それ等の障害の除去を主張した。

まず第一の団体交渉拒否にかかわる立法論としては、「唯単に労働組合を適法視する旨の規定を設くるのみならず、同時に彼等の団体交渉は資本家に於て之を拒否すべからざる旨を規定することが必要であると考へる」(『研究』九九頁)と述べたにすぎなかった。団体交渉の拒否に対して労働組合にどのような救済があるのか、使用者に対してはどのような責任追求もしくは制裁が可能であるのか、については具体的に述べられていなかった。ただ、団体交渉の拒否に関連して強制調停制度を提案していることは、注目されてよい。当時の資本と労働の力関係の中で、ともかくも団体交渉を開始させるためには、「法律の力により資本家を強制して調停に参加せしめ、調停委員立合の下に対等の地位に立ちつつ団体交渉を進めることが」労働組合にとっても利益になると考えたからである(『研究』一〇二頁)。ここには、現実の状況や力関係をリアルに見て、「当面の政策を目的合理的に設定しようとする」末弘独特の現実主義・目

的合理主義をみることが出来る。当時、末弘が労働組合運動の「主潮」と考えた日本労働総同盟は、かかる強制調停に反対していたのであるが、こうした態度に対して末弘は、「単に強制なる名を恐れて一概に之を非難するが如きは、近時寧ろ現実的具体的の政策に向はむとしつつある労働組合の態度として私の聊か理解に苦しむ所である」（『研究』一〇三頁）と批判していた。

第二の障害は、組合員の雇入拒否である。「契約自由の原則の社会的妥当性」は「労働者が団結によって資本家に対立する場合にのみ」実現されるのであるから、組合員であることを理由に「組合員を排斥するがときは……契約自由の濫用」であると使用者の組合員雇入拒否を批判したうえで、立法論としては、「組合員の故を以て雇入を拒絶し又は解雇を為すべからざる旨の規定を設けなければならない」（『研究』一〇七頁）と述べていた。しかし、この規定に使用者が違反した場合にどのような法的制裁があるのかについては具体的に述べられていなかった。すでに述べたように、一九二〇（大正）年の内務省案は、黄犬契約と差別解雇を罰則付で禁止していたのであるから、この点での末弘の立法提言の不徹底はいなめなかった。末弘もそのあたりはわかっていたようで、もっぱら、かかる規定の「資本家に対（する）……精神的影響」（『研究』一〇七頁）を強調していた。

第三の障害とされたのは、同盟罷業や怠業などの労働組合に対する「損害賠償の請求」であった。ただ、この障害は、末弘自身述べているように、「吾国資本家は今日尚未だ……使用しない」ものであったから、あくまで想定上のものであった。しかし、かかる想定には、それなりの根拠があった。それは、イギリスにおける「刑罰」の時代から、タッフ・ペール判決にみられるような「損害賠償」の時代への歴史的変化を目の当りにしての教訓であった。

「将来『刑罰』の時代が去るならば、吾国資本家も亦必ずや此武器を使用するに違いない」（『研究』一一二頁）というのが、末弘のみぎの教訓から得た予測であつたのである。だから、かかる障害の除去は、予防的なものであつた。

立法論として末弘が提案していたのは、イギリスの一九〇六年法第三条と「同趣旨の規定を……設けること」であつた。ただ、同条は、争議労働者の契約違反の誘致に対する民事免責を規定したものであつて、一九〇六年法における争議行為の民事免責規定の一部にすぎなかつた。一九〇六年法にはその他労働組合に対する不法行為訴訟を禁止した第四条などが存在したが、⁽¹⁶⁾そうした規定は、何故か末弘の立法論では考慮されていなかった。おそらく、末弘が、争議行為にあつた個々の労働者の債務不履行や、その誘致を強く意識していたからであらう。もっとも、末弘は、同時に、「現行法の解釈としても同盟罷業忌業の類はそれ自身違法なる債務不履行となるものではない」（『研究』一一四頁）としていたので、立法論として提案された規定は、確認的性格を持つものであつたと想定される。

以上のように、末弘は、「事実的な障害」の除去として、不当労働行為の禁止と争議行為の民事免責を萌芽的なかたちで構想していたのである。

③労働組合の法的保護

さて、労働組合が当面している第三の障害は、「現行法上彼等に対する権利の保護が全く規定されて居ないことである」。同じく社会が自然に生み出した株式会社に対しては様々な法的保護が存在するにもかかわらず、労働組合にはそれが無い。だから、「同じく経済の自然が生み出した労働組合に向つても、若しそれが希望するならば、一般の個人が受け得ると同様なる法律保護を確認し与へて然るべきである」（『研究』六一頁）というのが、末弘の主張である。

だが、このような「法律の助成手段を考案し実現するについて」も障害となっているのは、「立法者の頭脳を拘束している古き『論理』と『概念』」である。では、「古き『論理』と『概念』」とは何か。それは、従来の法律学者が団結を区別して「社團法人」と「組合」の二種となし、「人格なき社團」はすべて「組合」であるとしたことであつた。これに対して末弘は、労働組合の法的性質を「人格なき社團」と想定するところから出発する。それは、末弘が労働組合を「組合員の個人的利益から離れた独自の目的と存在をもつ」ものとみただけである。しかし、現行法上は、労働組合が「人格なき社團」であるが故の法律上の不利益があり、立法論としてはこうした不利益を取除くものでなければならぬとした。

末弘は二つの提案を行った。第一は、希望するならば、労働組合に法人格を付与すべき制度を樹立することである。ただ、先に述べたような不利益を取り除くことは、必ずしも労働組合に法人格を付与することと直結しない。別の方法でもよいのである。そこで末弘が提案する第二は、組合と代表者の間に存在する信託関係を法律上公認して、第三者に対する関係においてもこれを保護するということである。イギリスの立法に範をとつたものである。

いずれにせよ、末弘は、この点ではきわめて柔軟かつ現実的である。「要するに、私は、法律上の手段の如何を問はない、唯労働組合の為に其他一般の社團と同様私権の享有に關して裁判所其他国家机关の保護を受け得べき方法を確立せよと云ふのである。」（『研究』一三八―九頁）。目的の実現のために合理的な法律的手段を考案し、それを実施する。「新しき生活関係の為に……新たなる法律的手段を案出し得べき自由自在なる法律精神を吹き込む」こと、これが、末弘「立法学」の真髓であつたのである。

3 大正末期の労働組合法案と労働組合法論の展開

(1) 社会局案をめぐって

すでに述べたように、政府が労働組合法の制定を本格的に取り上げるのは、一九二五(大十四)年八月の第二次加藤高明(憲政会)内閣発足以降のことである。同年八月五日、内務省社会局は、成案となった労働組合法案を行政調査会に、労働争議調停法案、治安警察法中改正法律案とともに付議し、ついで八月十八日、その全文を公表した。この法案は全文二六条から成り、全体として、一九二〇(大九)年の内務省案を継承・発展させた「戦前の政府法案としては最も進歩的な色合い」⁽¹⁷⁾をもつ法案であった。末弘が、理論的観点から考えた労働組合法論を実際の法案分析に適用し、「労働組合法の制定問題全部に亘って具体的な立法的意見を述べ」(『研究』一四七頁)ることになるのは、この社会局案に対してが最初であった。以下、この法案に対する末弘の「立法的意見」の中で特徴的な点を拾い出し、彼の労働組合法論の展開の第一歩をみることにする。

第一は、法における労働組合の位置づけの問題である。かつての農商務省案は、労働組合を法案上の定義の類型に押し込み、その定義に合致しない労働組合を禁止することによって、その社会的存在をも抹殺するものであった。これに対して、内務省案の系譜をひく社会局案は、(1)労働組合の定義を設けるものの、それは、法で与えようとする法律の取扱を定義にあてはまる労働組合に限定するためのものであって、定義にあてはまらない労働組合の社会的存在をも抹殺するというのではなく、(2)法における労働組合の定義も、「連合」を認めると同時に職業的地域的制限を設けないという当時としては広汎なものであった。したがって、この社会局法案における労働組合の扱い方は、社会的

存在である労働組合を「総て鑄型の中に入れて仕舞はうと考ふるが如きは抑も甚しき謬りである」（『研究』一四八—九頁）という末弘の原則的考え方と合致するものであった。

末弘にとっての問題はその先、すなわち、「法律的取扱を享くべきものを……定義に相当する労働組合のみに限るを妥当とすべきや否や」（『研究』一五七頁）というところにあった。そして、この点では、法案が「労働組合」を「労働者十人以上ノ団体」（第一条）に限定したことを批判する。すでに述べたように、末弘は、労働組合運動の発展過程における少数の労働運動者集団の役割を評価し、それを「潜勢的組合」として認知すべきであると主張していたが、かかる観点からすると、組合員数の制限は「我国の現状に適するものと言ひ難い」（『研究』一六六頁）ということになった。

第二は、刑罰法令廃止をめぐる問題である。社会局案は、労働組合運動を制限・禁止している各種の刑罰法令の問題について一切ふれていない。それは、社会局がその処理を別個の法案に委ねたからである。労働組合法案とともに治安警察法第一七条の廃止法案も行政調査会に付議されていた。しかし、末弘は、「吾国の現行法令中労働組合の運動を妨げて居るものは決して独り治安警察法第一七条のみではな」く、諸府県の警察令の存在も指摘し、その廃止も訴えていたので、社会局案に対しても次のような重要な注文をつけていた。「私は刑罰法令廃止の宣告的規定はやはり之を労働組合中特に其冒頭に之を置くべきであつて、之により、一方に於ては労働組合運動夫れ自身は、治安維持法其他一般刑罰法令に触れざる限り、適法にして毫も処罰せらるべき性質のものにあらざることを弘く一般に宣明すると同時に、何等か適當なる規定を以て府県令中右の主旨に背反するものはすべて当然其効力を失うべく今後亦之

を制定すべからざる所以を宣言すべきであると考ええる。私はかくすることによって初めて、労働組合の成立行動を妨ぐべき刑罰法令のすべてを排除し得るのみならず、一般公衆殊に直接此等の法令を取扱うべき警察官司法官等に向つて労働組合運動の適法性を教へ且命ずことが出来る、理想の労働組合法はどうしてもかくの如き形式内容をとらねばならぬものであると考えて居る。』（『研究』一七七―一八頁）と。

第三は、差別解雇・黄犬契約の禁止にかかわる問題である。かつての内務省案の一つの特色は、差別解雇と黄犬契約を罰則付で禁止するところにあつたが、社会局案も同様の規定を置いた。すでに、資本家による「事実的な障害」の除去の問題として差別解雇と黄犬契約の禁止を論じていた末弘にとっては、社会局案の厳しい態度に異論があらうはずもなかった。末弘にとって必要だったのは、この規定への資本家側からする「契約の自由」論による不当論や、その他の無用論に反論するだけであつた。

第四は、団体交渉拒否の禁止と労働協約にかかわる問題である。末弘は、資本家による「事実上の障害」の例として団体交渉の拒否をあげており、「労働組合法制定に際しては、必ず資本家をして一定の条件の下に団体交渉を受け付ける義務を負担せしむべき規定を設けねばならない」（『研究』一八四頁）と考えたのであるが、社会局案にかかる規定は存在しなかった。ただ、同案は、団体交渉の結果である労働協約の規範的効力を承認する規定（第二条）を設けた。末弘は、団体交渉拒否の禁止規定が設けられなかったことに不満を表明しながらも、また、労働協約の規範的効力を承認した規定についても「充分に当を得て居ると思はない」（『研究』一八四頁）という留保を付しながらも、「この規定が兎も角も労働組合が団体交渉の当事者となりて労働協約を締結するの事実を確認せんとしつつあることは、

大いに注目すべき事柄なりと言はなければならない」（『研究』一八四—五頁）という積極的評価を与えていた。

第五は、労働争議と民事責任にかかわる問題である。かつての内務省案は、民法第四十四条第一項を準用することにより、労働争議に関して労働組合に損害賠償責任があることを認めたものと解釈されていた。ところが、社会局案は、内務省案とは逆に、民法第四十四条第一項を準用規定から除外することによって、法人たる労働組合の損害賠償責任を否定しようとした（第六条）。全体として積極的評価の多かった社会局案の中で、末弘がもっとも厳しい批判の鋒先を向けたのがこの規定であった。すなわち、法案第六条は、法人たる労働組合については民事免責を確立しうるものであっても、法人格を持たない労働組合が、たとえば同盟罷業を理由とする損害賠償請求をうけたときには、何の保障も与えられないことになってしまう。末弘が批判したのは、この点であった。そして、そうした小手先の手段によらず、民事免責を正面から認めよと主張したのである。「労働組合が其法人なると否とに関係なく、同盟罷業に関して損害賠償の責任を負はざるの根拠は、寧ろ之れを同盟罷業の適法性に求むべきであり、従って若しこの点に付て規定を設けんとするならば、……民事上賠償責任をも負担せしめらるることなき所以を宣言するのが、最も当を得た立法方法であろうと考えるのである。」（『研究』一八七—八頁）。

第六は、労働組合の法人格取得にかかわる問題である。社会局案は、労働組合の法人格取得につき、その任意制を原則とした（第四条）。任意制は、末弘の年来の主張であり、若干の技術的な問題を指摘していたが、原則的には「至当な立法である」（『研究』一八九頁）と評価していた。

第七は、労働組合に対する監督規定にかかわる問題である。進歩的と言われた社会局案も労働組合に対する監督・

取締的要素から完全に自由ではなかった。末弘が問題にしたのは、労働組合の規約および決議に対する地方長官の監督権であった。法案では、決議あるいは規約が法令に違反する場合、地方長官は、その取消と変更を命ずることができることになっていた(第一五条、第一六条)。末弘はそれぞれ「無用の規定」あるいは「法案が折角認可主義を採らざりし根本の自由的精神が全く失はるることになる」(『研究』二〇三頁)と批判していた。

(2) 行政調査会と若槻内閣労働組合法案をめぐって

すでに述べたように、社会局法案は、公表に先立って行政調査会に付議されていた。ところが、行政調査会は「行政事務刷新ニ関スル調査審議ヲ為ス」(「行政調査ニ関スル件」一九二五年五月一日閣議決定)ことを目的として設置されたもので、ここに労働関係法を付議することは、明らかに「官制上の無理」があった。⁽¹⁸⁾末弘も「同法案が同会の審議にかけられたこと夫自身の妥当さについて甚だしき疑問を有する」(『研究』二四九頁)と述べていた。にもかかわらず労働関係法案を行政調査会に付議したのは、すでに矢野氏の研究で明らかにされているように、同法案について閣内でも社会局および内務省の方針に対して根強い反対があり、そのため閣議で容易に結論を出すことができないという事情が存在していたからである。⁽¹⁹⁾つまり、政府としては、閣議にかける前にどうしても各省間の意見の調整・統一をしておく必要がある、その場として行政調査会が利用されたのである。

したがって、以上のような経過からすると、調査会の場合で先の社会局案が大巾な後退を余義なくされることは必至の情勢であった。⁽²⁰⁾事実、調査会において一月末に決議され、一二月八日の閣議で承認された労働組合法案要綱は、(1)労働組合の組織形態を職業別・産業別に制限し、(2)「連合」を法律の保護から除外し、(3)労働組合に法人格を強制

し、(3)差別解雇と黄犬契約の禁止は維持するものの、その法的効果を「処罰」から「無効」に改め、(4)労働協約に関する規定を削除し、(5)組合解散命令権を規定した。社会局案をほとんど骨抜きにすると同時に、末弘の立法構想とするとく対立するものであった。末弘は、一九二六（大・一五）年二月の『改造』誌上に「根本的に改悪されたる労働組合法案」と題する一文を発表し、そこで、行政調査会の労働組合法案要綱を次のように評していた。「行政調査会の修正案は、新聞紙の伝うる所に従えば、その名「修正」にして而かも実は「変造」である。原案の骨子とする組合保護の精神は殆どすべて取除かれて、跡に残ったものは——一二の有名無実なる保護規定を除くの外——唯独り取締の規定であるのみならず、その規定の内容も原案に比して遙に苛酷のものとなり、法案は今や一変して『労働組合取締法案』となりたるの感がある。」（『研究』二二二頁）と述べていたのである。

加藤高明内閣の後をうけて成立した若槻礼次郎（憲政会）内閣は、行政調査会の決議に基づいてあらためて労働組合法案を起草し、一九二六（大・一五）年二月九日、これを第五一回議會に提出した。若槻内閣労働組合法案は行政調査会の決議をほぼ全面的に取り入れ、ただ一点、労働争議の民事免責規定（第一五条）を明記した点のみが異っていた。

この若槻内閣労働組合法案が公表されると、末弘は、すぐさま『東京朝日新聞』に「『労働組合取締法案』を評す」と題する一文を発表し、同法案を厳しく批判した。しかし、労働者の階級的・統一的利害の形成を自然のものとして承認し労働組合の発展に必要な法的保護を与えようとする末弘の見解と、労働者の利害を職業的・産業的に封じ込めつつ、労働組合を取締の対象としようとする政府の見解との対立はますます大きなものになっていた。末弘は、「私は賢明なる帝國議會の諸公が真に労働組合の社会的使命を正しく理解し、法律によって彼等の正しき発展を妨げよう

として居る資本家的乃至官僚的術策のすべてを排斥し去らんことを希望してやまないものである」(『研究』二七二頁)と一文を締めくくったが、末弘が原則的に支持していた社会局案が戦前の歴史の中で再び甦えることはなかった。

- (1) 戦前の労働組合法案については、沼田稲次郎「労働法(法体制再編期)」『講座日本近代法発達史』五(一九五八年・勁草書房)、野村平爾・島田信義「労働法(法体制崩壊期)」八同上(一九五九年)、西岡考男「労働組合法案をめぐる十年間―日本賃労働史の一断面―」『日本労働協会雑誌』五九・六〇号(一九六四)、渡部徹「日本における労働組合法案の登場をめぐって―根本的再検討のために―」同上、八七・八八号(一九六六)、手塚和彰「戦前の労働組合法問題と旧労働組合法の形成と展開(一)」『社会科学研究』第二二巻二号(一九七〇)、深山喜一郎「第一次大戦後のわが国における労働組合法案の展開」高橋幸八郎編『日本近代化の研究』下(一九七二年・東京大学出版会)、安田浩「政党政治体制下の労働政策―原内閣期における労働組合法問題―」『歴史学研究』四二〇号(一九七五)、三和良一「労働組合法制定問題の歴史的位位置」安藤良雄編『両大戦間の日本資本主義』(一九七九年・東京大学出版会)、池田信「日本的労働組合法構想の模索」『日本労働協会雑誌』二六七号(一九八一)、池田順「一九二〇年代ブルジョアジーの動向―労働組合法制定問題をめぐって―」鹿野政直・由井正臣編『近代日本の統合と抵抗』三(一九八二年・日本評論社)、西成田豊「両大戦間期労働組合法案の史的考察」同『近代日本労資関係史の研究』(一九八八年・東京大学出版会)を主に参照した。

- (2) 末弘厳太郎「労働組合法論」『改造』第七巻二号(一九二五)二頁。この論文は後に『労働法研究』に収録された。以下、本文中の引用は『労働法研究』から行いが、その際「研究」〇〇頁と表示した。

- (3) 第四一議會予算委員会における床次竹二郎内相の発言。これは、上井喜彦「第一次大戦直後の労働政策―治警法一七条の解釈適用問題を中心として」労働運動史研究会編『黎明期日本労働運動の再検討』(一九七九年・労働旬報社)一六三頁に紹介されている。

- (4) 池田信・前掲論文、三二頁。

- (5) 西成田・前掲書、二四六頁。

- (6) 山中篤太郎『日本労働組合法案研究』(一九二六年・岩波書店)四二頁。

- (7) 労働省『労働行政史』第一卷（一九六一年）一二九頁。
- (8) 西成田・前掲書、二四六頁。
- (9) 三和・前掲論文、二六〇頁。
- (10) この過程については、三和・前掲論文、二四〇頁、池田順・前掲論文、三〇五―六頁。
- (11) これが、わが国で「立法学」という言葉が用いられた最初であるといわれている。大津享『立法の法社会学的研究』の
ための序論的考案(二)『東京都立大学法学会雑誌』第二六卷二号（一九八五）四四―一頁。
- (12) 西成田・前掲書、二四三頁。
- (13) 上井・前掲論文、一六六頁。
- (14) 深山・前掲論文、九三頁。
- (15) この点に関しては、平野義大郎「小作争議の為めの団体運動」『改造』第一三卷一号所収。
- (16) これ等の点に点しては、片岡昇『英国労働法理論史』（一九五九年・有斐閣）二四七頁以下参照。
- (17) 池田順・前掲論文、三〇六頁。
- (18) この点については、矢野達雄「労働法案をめぐる行政調査会議事録(一)」『阪大法学』第一〇五号（一九七八）一三八頁―
四二頁。
- (19) 同右・一四三―四頁。
- (20) 行政調査会における審議の経過については、矢野・同右および西成田・前掲書、二六一頁―六四頁参照。
- (21) この点については、西成田・前掲書、二八二頁参照。

四 むすび

以上、「形成期」末弘労働法学がどのようなものであったかを、末弘が労働法学へ接近して行く過程および彼の労働組合立法論を中心に検討してきた。ふりかえってみていえることは、本稿でなしたことが、「はじめに」にかか

げた課題からすると、ほんの第一歩にすぎなかったということである。「前稿」の仮説的結論を労働法学の分野で実証するという冒頭の課題を遂行するためには、なお多くの作業が残されている。「形成期」の労働組合立法論についても、昭和初期の浜口内閣労働組合法案（一九三〇年）をめぐる末弘の議論の検討が必要であるし、なによりも「形成期」末弘労働法学の全体像の再構成が急務である。また、そのうえで、「転換期」、「再転換期」と検討をすすめて行かなければならない。

だが、以上の不十分な検討をつうじても、「形成期」末弘労働法学の特徴について、いくつかの点を指摘することができる。ここでは、これらの諸点を列挙して「むすび」に代えたいと思う。

第一は、末弘の労働法学が、「その後日本に流行したワイマール系統の労働法学」ではなく、アメリカの憲法判例の影響を受けながら出発したということである。かかる出発時点における末弘労働法学の性格は、その形成過程をも貫くことになった。労働組合立法論において末弘が、『社会的権利としての団結権・争議権』の思想（を）……根拠とする論調⁽²⁾ではなく、『労働の自由』『契約の自由』（を）……根拠とする論調⁽²⁾をとったことも、みぎの性格と関連していると思われる。末弘は、労働組合の社会的必然性を、「契約の自由原則」の社会的妥当性と倫理的自律性の中に求めていたのである。

第二は、末弘労働法学の重要な構成部分である労働立法論は、末弘の「新しい法学」の方法を「立法の問題」に適用した「立法学の理論」によって基礎づけられていたということである。末弘の「立法学」は、国家制定法を徹底的に相対化し、「国家」と「社会」の関係において、立法による社会統制の限界を明確に指摘する「形成期」末弘法学

の理論をベースにして構築されていた。

第三は、末弘の労働組合立法論には、労働者の要求や地位の向上を議会をつうじて実現するというよりは、労働者自身の労働組合運動の権利を獲得し、その力によってそれ等を実現するという含意が含まれていたということである。このことは、末弘の労働組合立法論が、その担い手となりうる主体（＝労働組合運動）を発見した時に開始されたことと関係していたと同時に、彼が当時のブルジョア・デモクラシーに懐疑的であり、社会改良の実現を「国家」ではなく「社会」そのものの力に依拠しようとしていたことと関係していた。⁽³⁾

第四は、労働組合法論を議論する際に、一見技術的と考えられる「法律的手段」の問題を重視したということである。しかも、その場合、「新しき生活関係の爲めには」「新たな法律手段を案出し得べき自由自在なる法律精神」〔研究〕一三頁）を強調していることは、末弘の面目躍如たるころがあった。末弘の具体的な立法構想や立案批判は「自由自在なる法律精神」に裏づけられながら、現実的かつ綿密であった。

- (1) 前掲・『日本の法学』一〇一頁。
- (2) 沼田稲次郎「労働法（法体制再編期）」『講座日本近代法発達史』五（一九五八・勁草書房）二七三頁。
- (3) もっとも、労働組合法問題は立法問題であったので、その限りでは「国家」に依拠せざるをえなかったのであるが、この点でのつめた議論は末弘にはなかった。